

Die Haftung für Hilfspersonen

Prof. Dr. Heinrich Honsell, Salzburg/Zürich

Ingeborg Schwenzer hat bald nachdem sie in die Schweiz gekommen war, ein Lehrbuch des Allgemeinen Obligationenrechts vorgelegt, das jetzt bereits in 5. Auflage erschienen ist und das durch profunde Kenntnisse und klare Analysen besticht. Es ist auf Anhieb ein unentbehrliches Standardwerk geworden, das dem berühmten Allgemeinen Teil des Andreas von Tuhr nicht nachsteht. Sie hat dabei helvetische Besonderheiten des Schweizerischen Obligationenrechts sorgfältig beachtet, ohne auf eine da und dort angebrachte rechtsvergleichende Kritik zu verzichten, die über die Schweizer Grenzen hinaus schaut und damit Fehlentwicklungen vermeiden hilft.

Ein Beispiel hierfür ist die Haftung für Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen.

I. culpa in eligendo

1. Das Problem

Die deutschsprachigen Rechte unterscheiden eine deliktische und eine vertragliche Gehilfenhaftung. Während die vertragliche Gehilfenhaftung eine Haftung für Verschulden des Gehilfen wie für eigenes vorsieht (§§ 278 BGB, 1313a ABGB, Art. 101 OR) ist die deliktische Haftung auf die culpa in eligendo (inspiciendo, custodiendo, instruendo) beschränkt (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 1314, 1315 ABGB, Art. 55 OR). Das ist das *piece de resistance*.

Die Haftung für culpa in eligendo (usw.) im Deliktsrecht der deutschsprachigen Länder wurde seit ihrer gesetzlichen Einführung zu Beginn des letzten Jahrhunderts¹ als problematisch und nicht sachgerecht empfunden.² Trotz Dauerkritik wurde sie indes erstaunlicher Weise nie revidiert. 1967 gab es in Deutschland einen massgeblich von Weitnauer geprägten Referentenentwurf³ des Bundesjustizministeriums mit dem Ziel der Abschaffung der culpa in eligendo und der Gleichstellung von Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen. Das Reformvorhaben verschwand jedoch alsbald in der Schublade. Auch die beiden Schuldrechtsreform-

¹ Im BGB von 1900 im Schweizer Obligationenrecht von 1912 und im österreichischen ABGB von 1811 durch die sog. Dritte Teilnovelle von 1916, mit der etliche BGB-Neuerungen ins ABGB übernommen wurden.

² S. etwa ERDSIEK *Karlsruher Forum* 1960, 3, 4 ff.; WEITNAUER, *Karlsruher Forum* 1962, 6 f.; ders., *VersR* 1970, 585, 593, 596; ESSER *AcP* 148 (1943) 121, 135 f.; s. zuletzt MATUSCHE-BECKMANN, *Das Organisationsverschulden* (2002) 25 ff.

³ Eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, *BMJ* 1967, Bd. 1, 4 ff; Begründung Bd. 2, 10 ff. 77 ff.

kommissionen haben sich des Themas nicht angenommen. Sowohl das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz als auch das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz (beide von 2002) haben § 831 BGB ausgeklammert.

Dieser gesetzgeberische *Attentismus* mag damit zusammenhängen, dass Rechtsprechung und Lehre zahlreiche Umgehungsstrategien erfunden haben, welche die culpa in eligendo praktisch mehr oder weniger obsolet werden liessen.⁴ Dies macht freilich eine dogmatische Aufarbeitung des Problems nicht überflüssig. Die Dogmengeschichte der Gehilfenhaftung reicht zurück bis ins römische Recht.

2. *Dogmengeschichte und Rechtsvergleichung*

Im römischen Recht findet sich die culpa in eligendo bei der Substitution. Es ist ohne weiteres einleuchtend, dass die Beschränkung auf die Klagenzession gegen den unsorgfältigen Substituten bei Verschulden des Vertragspartners um eine Haftung für culpa in eligendo wegen unsorgfältiger Auswahl ergänzt wird. Dieser musste also seine Ansprüche gegen den Substituten abtreten und haftete für auswahlverschulden. In den Digesten finden sich mehrere Stellen, welche die Substitution von Vertragspflichten (auch von Pflichten aus Geschäftsführung ohne Auftrag) bzw. die Beschäftigung von Gehilfen behandeln:

Paul. Dig. 3,5, 20 (21), 3⁵: Mandatu tuo negotia mea Licius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes. – L. Titius hat in deinem Auftrag meine Geschäfte geführt. Wenn er das nicht richtig gemacht hat, haftest du mir mit der Geschäftsführungsklage nicht nur auf Klagenzession (gegen den Substituten), sondern auch wenn du in unsorgfältig ausgewählt hast, auf den durch seine Nachlässigkeit entstandenen Schaden.

Der Text betrifft die negotiorum gestio; für Mandat oder Werkvertrag galt wohl nichts anderes.

Eine Haftung für Gehilfenverschulden findet sich in der berühmten Digestenstelle über die unsorgfältig transportierte Säule, Gai. Dig. 19, 2, 25,7: qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id

⁴ Vgl. unten I 2.

⁵ S. noch Lab.-Ulp. D. 19,2,13,1; Ner. Ulp. D. 9,2,27,9; Gai. D. 19, 2, 25 s; KUNKEL/HONSELL, Röm. Recht 329 Fmn 11; KNÜTEL SavZ Rom. Abt. 100, 340 ff. mit Lit. 345 ff.

periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit. – Wer den Transport einer Säule übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn diese während des Transports zu Bruch geht, sei es das dies durch eigenes Verschulden oder durch das Verschulden von Hilfspersonen geschah.

Die Unterscheidung zwischen Substitution und Beizug von Gehilfen findet sich noch heute in Art. 399 OR und § 664 Abs. 1 S. 2 BGB⁶. War die Substitution befugt, so haftet der Beauftragte nur für culpa in eligendo und instruendo; war sie unbefugt, so unterscheidet sich die Substitution nicht von der Haftung für Erfüllungsgehilfen, wo an die Befugnis zur Beiziehung keine Unterschiede geknüpft sind.

Die Haftung für fremdes Verschulden (ohne eigenes) ist in der Sache eine Risikohaftung, die nach der Meinung der Verfasser des BGB nur in einem Spezialgesetz ausserhalb des BGB hätte kodifiziert werden können, quasi um das sakrosankte Verschuldensprinzip nicht zu tangieren. Diese Grundvorstellung lebt noch heute nach in der nicht auszurottenden Behauptung, Gefährdungshaftungstatbestände seien als Ausnahmegesetze nicht analogiefähig⁷. Auch der innere Grund einer solchen Haftung wird mit dem sog. Interesseprinzip⁸ (cuius commodum eius periculum⁹) oder dem Sphärengedanken zutreffend umschrieben. Eine Haftung für Hilfspersonen ist in der arbeitsteiligen Wirtschaft unerlässlich. Die ratio legis der Hilfspersonenhaftung liegt darin, dass derjenige, der andere für sich arbeiten lässt und damit seinen Aktivitätsradius erweitert, auch die damit verbundenen Risiken tragen soll. Häufig kennt der Geschädigte auch die Person des Schädigers nicht, sondern nur den Betrieb, von dem der Schaden ausgegangen ist.

Anerkannt wurde freilich eine so weitgehende Haftung im Bereich des Vertragsrechts nur, wenn jemand selbst eine Leistung versprochen und sich zu ihrer Erbringung einer Hilfsperson bedient hatte. Hier hielt man es für gerechtfertigt, den Schuldner für fremdes Verschulden in gleicher Weise haften zu lassen wie für eigenes. Was immer der Schuldner versprochen hatte, sollte sorgfältig ausgeführt werden. Diese Frage war in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts ausserordentlich umstritten. Die Meinung, die schliesslich in § 278 BGB Gesetz geworden ist, hat sich durchgesetzt¹⁰.

⁶ S. auch § 691 S. 2 und 3 BGB für die Hinterlegung.

⁷ S. dazu HONSELL, Reform der Gefährdungshaftung ZSR 1997 II 297 ff.

⁸ S. nur v. CAEMMERER, Reform der Gefährdungshaftung (1971) 1, 15; LARENZ JuS 1965, 374, 375; LARENZ/CANARIS Schuldrecht Bes. Teil (13. Aufl. 1994) 476.

⁹ In Paul. Dig. 50,17, 10 findet sich die ebenso gültige umgekehrte Version: secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

¹⁰ Vgl. vor allem die Gutachten und Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages (1885) I 46 ff., II 80 ff.

Die Gegenmeinung berief sich auf die Quellen des römischen Rechts und unterschied zwischen erlaubter und unerlaubter Substitution.

Die anderen europäischen Länder¹¹ kennen weder die Differenzierung zwischen vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung noch die Beschränkung der Letzteren auf die Fälle der culpa in eligendo.

In Frankreich bestimmt Art. 1384 al. 1 code civil: «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde». Art. 1384 al. 5 präzisiert hierzu für die Geschäftsherrenhaftung: «Les maitres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés»¹². Die Geschäftsherrenhaftung ist nur formal eine Verschuldenshaftung, denn die faute des Geschäftsherrn wird unwiderleglich vermutet, was jedenfalls im Ergebnis auf eine Gefährdungshaftung hinausläuft¹³. Art. 2049 it. Codice civile kennt ebenfalls eine unbeschränkte Haftung des Geschäftsherrn¹⁴. Wie in Frankreich ist die Verschuldensvermutung nicht widerlegbar. Die h.L. interpretiert sie als Risikohaftung¹⁵. Eine vergleichbare Regel findet sich in Art. 922 des griechischen ZGB¹⁶. Schliesslich enthält auch Art. 1903 des spanischen Código civil eine entsprechende Vorschrift: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder».

Art. 1903 Abs. 4 Código civil betrifft die Haftung für Gehilfen: «Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Die Haftung entfällt allerdings nach Abs. 6, wenn der Geschäftsherr die Sorgfalt eines bonus pater familias beachtet hat: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él

¹¹ Eine rechtsvergleichende Übersicht bei RENNER, Die deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa (2002).

¹² «Die Dienstherrn und Geschäftsherren haften für den Schaden, der von ihren Dienstboten und Verrichtungsgehilfen in Wahrnehmung derjenigen Aufgaben verursacht worden ist, zu deren Erfüllung sie diese beschäftigen».

¹³ FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht II (2. Aufl. 1986), 2 O 221, 222.

¹⁴ «I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell' esercizio delle incombenze a cui sono adibiti». Übersetzung: «Dienstherrn und Geschäftsherren haften für Schäden, die durch eine unerlaubte Handlung ihrer Hausbediensteten und Angestellten bei der Ausführung der ihnen übertragenen Obliegenheiten entstanden sind».

¹⁵ BUSNELLI, Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Italien (1993) 24 f.; RENNER 173; ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), 639.

¹⁶ RENNER, 173; VRELLIS, Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Griechenland (1993), 18 f.

mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

In praxi ist auch in Spanien entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung eine Entlastung nur möglich, wenn die Hilfsperson kein Verschulden trifft, sodass auch hier im Ergebnis eine Risikohaftung besteht¹⁷. Eine noch strengere Risikohaftung kennt schliesslich das holländische Recht. Dort haftet man nicht nur für Untergebene, sondern sogar für selbständige Unternehmer¹⁸. Der Geschäftsherr haftet nach Art. 6: 170 Abs. 1 NBW (Nieuw Burgerlijk Wetboek) für Hilfspersonen und gemäss Art. 6: 171 NBW für Selbständige und Unternehmer, wenn diese einem Dritten gegenüber haften und die schädigende Tätigkeit für den Betrieb des Auftraggebers erfolgte. Die Einbeziehung selbständiger Unternehmer ist singulär und geht über die Regelung in den anderen Ländern weit hinaus. Die deutschsprachigen Länder kennen diese nur bei der vertraglichen Haftung, dort können auch selbständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sein¹⁹, so haftet z.B. wer eine Bringschuld kontrahiert hat auch für die Post oder den Paketservice, dessen er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient²⁰.

Schliesslich findet sich auch in England eine Haftung für vicarious liability, die nicht zwischen vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung unterscheidet²¹, und die auch keine Exkulpationsmöglichkeit kennt. Es ist die rule «respondeat superior»²².

Der Entwurf²³ eines europäischen Haftpflichtrechts der European Group on Tort Law (der sog. Tilburg-Gruppe) folgt den romanischen Rechten, unter Ablehnung einer Haftung für hinzugezogene selbständige Unternehmer. Die culpa in eligendo ist nicht mehr vorgesehen.

«Art. 6: 102 liability for auxiliaries, I: A person is liable for damage caused by auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct (Art. 4:102).

II: An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article».

¹⁷ v. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* Bd. I (1996), Rn. 181; RENNER, 173.

¹⁸ NIEUWENHUIS/STOLKER/VALK-LANKHORST, *Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar* (3. Aufl. 1998), Art. 6:170 Nr. 1; HONDIUS/VAN DAM, *Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Niederlande* (1993), 11 f.; RENNER, 171.

¹⁹ Vgl. etwa PALANDT/HEINRICHS § 278 BGB Rn 14; HONSELL/WIEGAND *Komm. OR Art. 101 Rn 10*; RUMMEL/REISCHAUER § 1313a ABGB R n9.

²¹ DUTZI, *Haftung für Hilfspersonen im englischen Vertrags- und Deliktsrecht* (2001) 1, 132.

²² Vgl ZIMMERMANN, *The Law of obligations* (1990) 11243 f.; ; ZWEIGERT/KÖTZ aaO.

²³ Vom 3.5.2003, abrufbar unter <http://civil.udg.es/tort/principles/text.htm> - zuletzt gesehen am 1.12.2009; ebenso der Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR) VI.-3:201.

Die Einschränkung der deliktischen Gehilfenhaftung auf die culpa in eligendo (usw.) ist geprägt von der Prämisse der Privatautonomie: Keine Haftung ohne Verschulden²⁴. Nur im Bereich des Vertrages hat man hiervon – gewissermassen unter dem Aspekt der Garantie – eine Ausnahme gemacht.

Gleichwohl ist die culpa in eligendo bei der deliktischen Gehilfenhaftung verfehlt. Die Schweizer Rsp. und h.L. haben die deutsche Regelung cum grano salis übernommen, obwohl Art. 55 OR nicht direkt ein Auswahlverschulden, sondern eine allgemeine Exkulpationslast normiert («... der haftet, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre»).

Die deutsche und schweizerische Judikatur haben den Entlastungsbeweis allerdings soweit erschwert, dass er praktisch auf eine Haftung für unwiderleglich vermutetes Organisationsverschulden hinausläuft.²⁵ Ausgangspunkt war die Judikatur zu den Produkthaftungsfällen,²⁶ die dem Hersteller die Beweislast dafür auferlegt hat, dass der Fehler nicht in seinem Produktionsbereich entstanden ist. Die Beweislastumkehr ist eine beliebte Schiene zur Ausdehnung der Haftpflicht. Sie gerät nicht selten zu einer probatio diabolica. Der Schädiger kann den Beweis nicht erbringen, er soll es auch gar nicht. Wenn etwa, wie im deutschen Hühnerpestfall – einer Entscheidung zur Haftung des Herstellers eines Impferums gegen Hühnerpest – der Produzent beweisen muss, dass sein Betrieb so organisiert war, dass nirgendwo eine Verunreinigung des Impfstoffes möglich war, so kann er dies nicht. Die gleiche Zielrichtung hat die ständige Verschärfung der deliktischen Sorgfaltspflichten, die praktisch zu einer Art Gefährdungshaftung führte.²⁷ Man denke an die utopische Forderung der Prüfung und Dokumentation aller Flaschen in einem Abfüllbetrieb. Die Konstatierung unerfüllbarer Pflichten ist ein beliebter Schleichweg zur Gefährdungshaftung. Wie der BGH hat das Bundesgericht im Schachtrahmenfall entschieden, einem Entscheid mit dem jedenfalls für die Produkthaftung an die Stelle der Hilfspersonenhaftung von OR 55 eine Haftung für (unwiderleglich vermutetes) Organisationsverschulden gesetzt worden ist.

²⁴ «Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld» Dieser Satz sei so selbstverständlich, wie der Satz des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff in der Luft, JHERING, das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867), 40.

²⁵ Ausführlich MATUSCHE-BECKMANN, Das Organisationsverschulden (2001) 29 ff. u. passim

²⁶ Vgl. etwa den Hühnerpestfall, BGHZ 59, 91 oder den Limonadenflaschenfall, BGHZ 104, 323, in Deutschland und den Schachtrahmen-, und den Klappstuhlfall in der Schweiz (BGE 110 II 456, 462 ff. E. 3 JdT 1986 I 571 f. Zum Entlastungsbeweis der zweckmässigen Organisation des Betriebs schon BGE 90 II 86, 90 E. 3c.

²⁷ Dazu schon ESSER, Grundlagen und Entwicklungen der Gefährdungshaftung (1941).

Ein anderer Weg zur Aushebelung des «Entlastungsprivileg» ist die Flucht ins Vertragsrecht. Dies geschah namentlich mit den Vehikeln der culpa in contrahendo und des eigens für diesen Zweck erfundenen Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Diese Umgehungsstrategien haben dazu geführt, dass das Haftungsprivileg des § 831 praktisch keine Bedeutung mehr hat.²⁸

Schliesslich hat die Praxis der Versicherungsbedingungen im Bereich der Betriebshaftung von der Exkulpationsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. So blieb das Gelehrtenrecht der Pandektistik weithin toter Buchstabe. Wenn wir auch nicht verkennen, dass die deutsche Pandektistik in Europa den grössten Beitrag für eine gegenwartsnahe Weiterentwicklung der unübertroffenen römischen Privatrechtsdogmatik geleistet hat, so zeigt diese Untersuchung einmal mehr, dass sie dabei nicht immer das Richtige getroffen hat.²⁹

Auch die economic analysis of law – auf die hier nicht näher eingegangen werden soll – gelangt unter dem Aspekt der Wohlfahrtsökonomie und der optimalen Ressourcenallokation zu dem Postulat einer Gleichbehandlung von Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen.³⁰

Der rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Befund sowie die Vertrags- und Versicherungspraxis bestätigen, dass die culpa in eligendo ein Auslaufmodell ist, das de lege ferenda abgeschafft werden sollte.

Bei dieser Ausgangslage ist es erstaunlich, dass der schweizerische Reformentwurf eines Haftpflichtrechts dieses Modell nicht nur fortgeschrieben hat, sondern unter Aufgabe des Unterschieds zwischen Delikts- und Vertragshaftung sogar noch auf die Vertragshaftung erstrecken wollte³¹.

II. Kausal- oder Verschuldenshaftung

Die weiteren hier zu erörternden Streitfragen (II – VI) sind ausschliesslich schweizerische Phänomene. Die Haftung nach Art. 55 OR wird von der h.L. als Kausalhaftung aufgefasst; denn sie setze weder ein Verschulden der Hilfsperson voraus, noch verlange sie, dass der Geschäftsherr die Unterlassung der nach den

²⁸ K: SCHMIDT; Karlsruhe Forum 1993, 4, 5; MüKo-WAGNER § 831 Rn 2.; s. noch BELLING/EBERL- BORGES, in: Staudinger, BGB, § 831 Rdn 25 ff.

²⁹ Näher HONSELL, *Homage Miquel* (2006) 513 ff.

³⁰ ZB SCHÄFER/OTT, *Ökonomische Analyse des Recht* (4. Aufl. 2005) 377 ff.

³¹ Dazu unten V.

Umständen gebotenen Sorgfalt verschuldet habe. Die h.L.³² qualifiziert Art. 55 OR nicht als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, sondern als Kausalhaftung mit Befreiungsmöglichkeit. Das ist nicht überzeugend. Entscheidend ist allein, dass sich der Geschäftsherr entlasten kann, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft.³³ Er haftet nicht, wenn er das Fehlen von Verschulden beweisen kann. Unbefangen betrachtet ist das eine Verschuldenshaftung, die nur die Besonderheit hat, dass die Beweislast abweichend von Art. 42 I OR und Art. 8 ZGB dem Schädiger aufgebürdet wird.³⁴ Das ist aber auch im Vertragsrecht so (Art. 97 OR) ohne dass jemand auf die Idee käme, deshalb von Kausalhaftung zu sprechen. Die Rechtslage ist in Deutschland die gleiche wie in der Schweiz. Niemand spricht dort jedoch von Kausalhaftung. Die Qualifikation als Kausalhaftung ist missverständlich.³⁵ Zwar kommt es auf ein Verschulden der Hilfsperson nicht an (sie kann auch geisteskrank sein); der Geschäftsherr haftet aber nur bei eigenem Verschulden und dies nur in sehr beschränktem Umfang. In der Beschränkung auf *cura in eligendo* usw. liegt eine erhebliche Abschwächung gegenüber der gewöhnlichen Verschuldenshaftung. Zwar kann es im Einzelfall vorkommen, dass dem schuldlosen Geschäftsherrn die Entlastung nicht gelingt. Hieraus kann man aber nicht folgern, dass Art. 55 OR weder ein Verschulden des Gehilfen noch des Geschäftsherrn voraussetze.³⁶ Die Tatsache, dass das Verschulden widerleglich vermutet wird, nimmt man auch bei der Exkulpation nach OR 97 nicht zum Anlass, von einer verschuldensunabhängigen Haftung zu sprechen. Die unrichtige Qualifizierung als Kausalhaftung spielt für den Regress nach OR 51 II eine Rolle.³⁷ In Wahrheit normiert Art. 55 OR also eine stark eingeschränkte Verschuldenshaftung. Dagegen handelt es sich aus der Sicht des Geschäftsherrn bei Art. 101 OR um eine Kausalhaftung, weil er dort für fremdes Verschulden haftet, ohne dass er sich durch den Nachweis fehlenden Auswahlverschuldens entlasten könnte. Da bei Art. 101 OR aber Verschulden der Hilfsperson erforderlich ist und es sich um eine vertragliche Haftung handelt, spricht dort niemand von Kausalhaftung. Jenseits terminologischer Fragen ist indes allein entscheidend, dass die Haftung nach Art. 101 OR sehr viel strenger ist, als die von Art. 55 OR.

³² BGE 97 II 221, 223; 110 II 456, 460 E. 2; BSK OR I-SCHNYDER Art. 55 N 1; REY Haftpflichtrecht N 881; KELLER/GABI 166.

³³ Vgl. HONSELL Haftpflichtrecht § 13 N 19 ff.

³⁴ S. HONSELL Haftpflichtrecht § 1 N 23; so auch SCHWENZER N 23.13.

³⁵ Vgl. HONSELL Haftpflichtrecht § 1 N 15 ff.

³⁶ So aber BGE 110 II 456, 460 E. 2 und BSK OR I-SCHNYDER Art. 55 N 1.

³⁷ Vgl. HONSELL Haftpflichtrecht § 11 N 39 und § 13 N 41 ff.

III. Widerrechtlichkeit

Art. 55 OR nennt die Widerrechtlichkeit des Handelns der Hilfsperson nicht als Haftungsvoraussetzung, sondern spricht nur von Verursachung. Dies erklärt sich daraus, dass Art. 55 OR ein Delikt i.S.d. OR 41 (mit Ausnahme des Verschuldens der Hilfsperson) voraussetzt. Die Vorschrift regelt in Ergänzung zu OR 41 nur den Sonderfall der Haftung für Hilfspersonen. Ebenso wie OR 41 ist also auch für Art. 55 OR ein widerrechtlicher Eingriff erforderlich. Es muss also ein absolutes Rechtsgut oder eine Schutznorm verletzt sein.³⁸

IV. Unterschied zwischen Exzeptions- und Exkulpationsbeweis ?

Nach h.L. soll ein Unterschied bestehen zwischen Exzeptionsbeweis (Art. 55 OR) und Exkulpationsbeweis (z.B. Art. OR 97 I). Ersterer sei schwerer zu erbringen, denn es werde dort nicht bloss durchschnittliche Sorgfalt verlangt, wie bei der Verschuldenshaftung, sondern der Nachweis, dass alle nach den konkreten Umständen objektiv gebotene Sorgfalt beachtet worden sei.³⁹ Diese Formel enthält indes keinen substanziellen Unterschied zur allgemeinen Definition der Verschuldenshaftung. Die Unterscheidung ist unzutreffend und gekünstelt.⁴⁰ Zwischen „alle ... Sorgfalt“ und „diejenige Sorgfalt“ besteht kein Unterschied. Die erhebliche Einschränkung des Exzeptionsbeweises wird in der Lehre nicht diskutiert.

V. Hypothetische Vorwerfbarkeit

Die h.L. interpretiert Art. 101 OR dahin, dass der Geschäftsherr für fremdes Verschulden haftet, wenn ihn, hätte er selbst gehandelt, ein Verschulden getroffen hätte.⁴¹ Sie nennt dies *hypothetische Vorwerfbarkeit*. Die Rechtslage ist also nicht exakt die gleiche wie in Deutschland oder Österreich, wo für fremdes Verschulden einfach gehaftet wird wie für eigenes. Die lebensferne These der Schweizer h.L.⁴² wird einmal dahin verstanden, dass ein Verschulden der Hilfsperson nicht verlangt

³⁸ Unklar die h.L., die Art. 55 OR als *lex specialis* zu OR 41 betrachtet; OFTINGER/STARK II/1 § 20 N 19, 30 f.

³⁹ BGE 90 II 86, 90; 97 II 221, 223; KELLER/GABI 166.

⁴⁰ Krit. auch SCHWENZER N 23.13.

⁴¹ BGE 92 II 234, 239; 113 II 424, 426; 119 II 337; 130 III 591 E. 5.5.4.

⁴² Vgl. OFTINGER/STARK II/1 § 20 N 26 Fn 92; SCHWENZER N 23.10; BSK OR I-WIEGAND Art. 101 N 13 f.

werden kann (z.B. bei Urteilsunfähigkeit). Zum anderen soll der Geschäftsherr nicht haften, wenn ein Handeln des besser qualifizierten Gehilfen als Verschulden zu beurteilen ist, aber dem weniger qualifizierten Geschäftsherrn, hätte er selbst gehandelt, kein Vorwurf gemacht werden könnte. Das einzige Beispiel, das man dafür in der Literatur⁴³ findet (in der Rsp. gibt es nicht zufällig kein einziges), ist der Allgemeinmediziner, der einen Herzspezialisten zum Assistenten hat. In praxi kommt so etwas kaum vor. Davon abgesehen orientiert sich der Sorgfaltsmassstab ohnehin allein am Schuldverhältnis. Verlangt dies z.B. (nur) die Fähigkeiten eines Allgemeinmediziners, so haftet auch der Herzspezialist nicht, wenn er diesen Standard einhält, auch wenn er damit hinter dem Standard eines Herzspezialisten zurückbleibt. Umgekehrt kann der Fall auch den Beizug eines Spezialisten erforderlich machen,⁴⁴ sodass ein Übernahmeverschulden des Allgemeinmediziners vorliegt, wenn er dies unterlässt. Die hypothetische Vorwerfbarkeit, die nicht im Gesetz steht, ist also nicht durchdacht und sollte aufgegeben werden. Art. 101 OR ist wie in Deutschland und Österreich einfach als Haftung für fremdes Verschulden zu interpretieren,⁴⁵ obgleich das Gesetz ungenau von Verursachung durch die Hilfsperson spricht, anstatt von Verschulden. Gemeint ist damit nur, dass es nicht auf die Urteilsfähigkeit des Gehilfen ankommt.

VI. Das Kriterium des funktionellen Zusammenhangs

Die h.L. stellt sowohl bei Art. 55 OR als auch bei Art. 101 OR auf den konturlosen Begriff des funktionellen Zusammenhangs ab. Danach wäre in beiden Fällen eine Haftung des Geschäftsherrn zu verneinen, wenn die Hilfsperson nur «bei Gelegenheit» der Verrichtung ein Delikt begeht. Nach zutreffender Ansicht⁴⁶ ist aber der Geschäftsherr für eine während der geschäftlichen Verrichtungen von der Hilfsperson vorsätzlich begangene Schädigung (z.B. Diebstahl, Verletzung eines Arbeitskollegen usw.) nach Art. 55 OR haftpflichtig. Der Geschäftsherr haftet also nach Art. 55 OR auch für nur «bei Gelegenheit» verübte unerlaubte Handlungen.⁴⁷ Das ist sachgerecht, denn es ist nicht einzusehen, dass der Geschäftsherr, der z.B. einen Angestellten von dem er weiss oder wissen müsste, dass er bereits Diebstähle

⁴³ Von A. KOLLER N 311 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2889.

⁴⁴ BGE 130 III 591, 605 f.; SCHWENZER OR AT 23.11.

⁴⁵ Kritisch zur hypothetischen Vorwerfbarkeit auch SPIRO 247 f..

⁴⁶ BK-BREHM N 28 zu Art. 55 OR; a.M. VON TUHR/PETER 446; OFTINGER/STARK II/1 § 20 N 89 Fn 285; SCHWENZER N 23.20.

⁴⁷ A.M. SCHWENZER OR AT 23.20, die hier der h.L. folgt.

begangen hat, bei einem Kunden einsetzt, mangels funktionellen Zusammenhanges nicht eintreten sollte. Dem Geschäftsherrn wird aber der Entlastungsbeweis gelingen, wenn es sich um die erstmalige Tat eines bislang unbescholtenen Mitarbeiters handelt.⁴⁸ Wird der Entlastungsbeweis gestrichen, kann auch die Erweiterung auf «bei Gelegenheit» begangene Delikte entfallen. Die vertragliche Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR setzt voraus, dass die Vertragsverletzung «in Erfüllung der Verbindlichkeit» geschehen ist.⁴⁹ Ein Delikt, das bloss bei Gelegenheit der Erfüllung verübt wird, genügt hier nicht⁵⁰. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass Art. 101 OR eine Haftung für fremdes Verschulden statuiert, die bei Delikten zu weit ginge. Stiehlt also der Monteur beim Kunden, so haftet der Geschäftsherr, wenn er sich nicht entlasten kann, nach Art. 55 OR, nicht dagegen nach Art. 101 OR. Zerschlägt der Monteur dagegen aus Unachtsamkeit mit seiner Leiter eine Fensterscheibe, so haftet der Geschäftsherr sowohl nach Art. 55 OR als auch nach Art. 101 OR, weil das Delikt in Erfüllung des Vertrages begangen worden ist (positive Vertragsverletzung des Werkvertrages usw.). Dass Art. 101 OR entfällt, wenn die Handlung nur bei Gelegenheit begangen wird, ist unschädlich, denn es bleibt die Deliktshaftung nach Art. 55 OR. Dies bedeutet, dass der Geschäftsherr nach Art. 55 OR auch für Diebstähle haftet, wenn er sich nicht entlasten kann.

VII. Ausblick

Wir sind am Ende unseres Streifzugs durch das Recht der Gehilfenhaftung angelangt. Es hat sich gezeigt, dass manches, was einfach ist, unnötig kompliziert gemacht wird. Der Entlastungsbeweis des Art. 55 OR sollte de lege ferenda abgeschafft werden. Mit ihm entfielen bei deliktischen Hilfspersonen die Erweiterung auf nur bei Gelegenheit begangene Delikte, so dass für Delikts- wie Vertragshaftung gelten würde: Der Schuldner haftet für Verschulden der Hilfspersonen wie für eigenes. Die hypothetische Vorwerfbarkeit hat im Gesetz keine Stütze und ist aufzugeben.

⁴⁸ BK-BREHM N 28 zu Art. 55 OR.

⁴⁹ BGE 92 II 15, 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2877.

⁵⁰ Zu weiteren Unterschieden zwischen Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen HONSELL Haftpflichtrecht § 13 N 33 ff.